

Núm. de Protocol 2000064/2017

Núm. Rotlle : TSJA-27/2018

SENTÈNCIA 75-2018

PARTS :

Apel·lant : W.I. SLU

Representant : Sra. P.M.M.

Advocat : Sr. J.J.R.

**Apel·lant : AGENCIA ESTATAL DE RESOLUCIO D'ENTITATS
BANCARIES (AREB)**

Representant: Sr. C.P.S.

Advocada : Sr. F.B.G.

COMPOSICIO DEL TRIBUNAL

President : M.I Sr. Albert ANDRES PEREIRA

Magistrats : M.I Sr. Bernard PLAGNET

M.I Sra. Elsa PUIG

Andorra la Vella, vint-i-vuit de setembre de dos mil divuit.

El tribunal Superior de Justícia, Sala Administrativa, ha vist el recurs d'apel·lació a les actuacions número 2000064/2017.

En la tramitació d'aquestes actuacions han estat observades les prescripcions legals, i ha estat ponent el magistrat **Sr. Bernard PLAGNET**, el qual expressa el parer del Tribunal.

ANTECEDENTS DE FET

1- La societat XXX va interposar demanda jurisdiccional contra la resolució del 2 de maig del 2017 del Consell d'Administració de l'AREB per

la qual s'adoptà, entre d'altres, l'acord de transmissió seqüencial de diferents actius i passius de l'entitat bancària XXX, a favor de XXX

2- En la sentència del 6 de febrer de 2018, el Tribunal des Batlles va desestimar la demanda promoguda per la societat XXX

3- En el seu escrit d'apel·lació de data 20 d'abril del 2018, l'AREB estima en substància :

- cal revocar parcialment la sentència eliminant de la part dispositiva la menció "*en relació als posicionaments plantejats en la demanda*", per tal de declarar que l'acte és ajustat a dret i als fins que legitimen l'activitat administrativa, sense cap limitació.

En el seu escrit de contesta de data 24 de maig del 2018 l'AREB estima en substància:

- La llei 8/2015 atribueix a l'AREB potestats de caràcter clarament extraordinari.

- El que acorda la resolució impugnada no és "bloquejar" uns comptes : els comptes "no traspassats" es mantenen en la mateixa situació anterior a XXX, cosa que, davant la impossibilitat que aquesta entitat pugui actuar com a banc, provoca també la impossibilitat de que siguin operatius.

- la legislació actual prohibeix a l'AREB informar en cas que existeixin indicis de PBFT.

- no s'ha produït en cap moment una indefensió per part de l'agent.

L'AREB ha confirmat els seus arguments en el seu escrit de conclusions de data 21 de juny del 2018.

4- En el seu recurs d'apel·lació de data 19 d'abril del 2018, la societat XXX estima en substància :

- la indefensió provocada a aquesta part no pot quedar subsanada pel fet que, segons la sentència impugnada, les dades i constatacions de l'informe atribuït a XXX no haurien resultat contradites en tràmit de conclusions.

- el bloqueig indefinit adoptat per l'AREB, sense cap explicació ni comunicació, no es troba emparat per la Llei 8/2015 del 2 d'abril de mesures urgents. A qui correspon adoptar mesures cautelars de bloqueig és als òrgans de prevenció del blanqueig de capital i finançament del terrorisme o als òrgans judicials.

En el seu escrit de contesta de data 11 de maig del 2018, estima que el greuge que invoca l'AREB en el seu recurs no ha de comportar la revocació parcial de la sentència.

En el seu escrit de conclusions de data 20 de juny del 2018, la representació processal de la societat afirma que el procediment emprat per l'adversa ha privat a la seva mandant d'oposar-se fonamentadament als motius que l'adversa hagués hagut de comunicar inicialment a la mesa per justificar la seva decisió de declarar-la com a "no traspassable a XXX

5- Trameses les actuacions a aquesta Sala, s'ha designat el magistrat ponent i han quedat vistes les actuacions per a deliberar i decidir.

FONAMENTS DE DRET

Primer : Competència

El Tribunal Superior, Sala Administrativa, és competent per conèixer del recurs, en aplicació de l'article 39-3 de la Llei qualificada de la Justícia.

Segon : Sobre el recurs d'apel·lació presentat per l'AREB

El pronunciament del jugador d'instància és correcte i congruent amb la demanda presentada pels recurrents.

Per aquests motius, s'ha de desestimar el recurs d'apel·lació presentat per l'AREB.

Tercer : Sobre el recurs d'apel·lació presentat per la societat XXX

Per resolució de data 2 de maig de 2017, el Consell d'Administració de l'AREB adopta, entre d'altres, l'acord de transmissió seqüencial de diferents actius i passius de l'entitat XXXX, SAU en favor de XXX (foli 8 i s.)

En el seu escrit d'apel·lació, la societat XXX escriu : *"l'AREB havia adoptat altres resolucions acordant la transmissió de clients a XXX....sense que en cap d'elles s'hagués transferit a la meva mandant a XXX, mantenint-la com a "Client No Traspassable", amb els seus actius bloquejats de manera indefinida, i sense haver-li comunicat ni informat dels motius, indicis o riscos detectats per justificar la seva qualitat de client no traspassable, el que situava la meva mandant en indefensió.*

Pels anteriors motius es sol·licita que es declarés la nul·litat de la resolució impugnada en no existir ni haver-li comunicat cap risc ni indicati d'operativa sospitosa relacionada amb el BC/FT.

Subsidiàriament, aquesta part demana que procedia instar l'AREB, d'acord amb la legislació vigent en matèria de blanqueig de capitals i finançament del terrorisme, a comunicar a la UIFAND les operacions sospitoses de blanqueig de capitals o finançament del terrorisme, cas d'existir".

Abans d'examinar els arguments presentats per la societat XXX s'ha de recordar el context d'aquest litigi.

1) El context del litigi

En data 10 de març de 2015, la Financial Crimes Enforcement Network (en endavant, "FinCEN") del Departament del Tresor dels Estats Units va anunciar la seva decisió de declarar l'entitat Banca Privada d'Andorra ("XXX") *"institució estrangera sotmesa a preocupació de primer ordre en matèria de blanqueig de capitals"* (foreign financial institution of primary money laundering concern) d'acord amb la Secció 311 de la USA Patriot Act. En efecte, en aquella data la FinCEN va publicar una Notice of Finding ("NoF"), en què s'indicava que, durant diversos anys, certs membres de l'alta direcció de XXX havien facilitat, a dretcient, transaccions per compte de tercers presumptament implicats en operacions de blanqueig de capitals.

En la seva Resolució del 21 d'abril del 2016 el Consell d'Administració de l'Agència Estatal de Resolució d'Entitats Bancàries (AREB) escriu :

"8. Tal com s'ha exposat anteriorment, la immediatesa amb què les diferents entitats financeres, no només nord-americanes, sinó també nacionals o d'altres jurisdiccions, van començar a aplicar les mesures proposades per FinCEN va tenir conseqüències immediates en l'operativa de XXX, la qual, a data d'avui, es troba completament bloquejada.

“9. Davant l'excepcionalitat d'aquesta situació, el Govern d'Andorra, en sessió del 16 de març de 2015, va adoptar un Decret d'aprovació de mesures cautelars de caràcter temporal en relació amb l'operativa de clients de XXX, el qual es va publicar en aquella mateixa data i pel qual es facultava els administradors provisionals mancomunats de XXX perquè, en l'exercici de les seves funcions, poguessin adoptar les mesures cautelars i temporals que consideressin convenientes en relació amb l'operativa corrent nacional i internacional de l'entitat, prenent en compte les circumstàncies extraordinàries del moment amb l'objectiu de preservar els interessos dels clients i salvaguardar l'estabilitat i el valor de l'entitat, com també salvaguardar l'estabilitat i reputació del sistema financer andorrà, promoure la confiança en aquest i contribuir a reduir el risc sistèmic.

“59. El 19 de febrer, el FinCEN va fer pública la seva decisió de no continuar considerant XXX com una amenaça per al sistema financer gràcies a les mesures preses per les autoritats andorranes. En particular, avala el Pla de Resolució i el control continuat que ha mantingut l'AREB sobre aquesta entitat.

“61. L'aprovació de la Llei 8/2015 esmentada transposa la Directiva 2014/59/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 15 de maig de 2014, per la qual s'estableix un marc per a la reestructuració i resolució d'entitats de crèdit i empreses de serveis d'inversió, en el marc dels compromisos adquirits pel Principat d'Andorra en virtut de l'Acord Monetari signat a Brussel·les el 30 de juny de 2011, pel qual la Unió Europea va permetre a aquest Estat utilitzar l'euro com a moneda oficial, sempre que s'adaptés gradualment la seva normativa interna a la regulació de la Unió Europea en tot allò relatiu a legislació financera i bancària

“71. En aquest sentit, la Llei 8/2015 pretén, com a objectiu general, establir mesures i instruments que permetin actuar de manera àgil i eficaç en cas que una entitat financera andorrana es vegi immersa en una situació de crisi greu, a l'efecte de mitigar el risc que aquesta situació de crisi s'encomani a la resta d'entitats financeres, al sistema financer en el seu conjunt i, finalment, a tota l'economia andorrana.

“73. A aquest efecte, l'article 50 de la Llei 8/2015 disposa que l'AREB pot exercir les facultats necessàries per a l'aplicació dels instruments i les mesures previstos en aquesta Llei. Aquestes facultats seran de naturalesa mercantil o administrativa.

“74. I són els articles 51 i 52 els que desenvolupen aquesta previsió genèrica.

La conclusió és clara : l'objectiu de la legislació andorrana és, preservar la estabilitat financera del Principat i s'inscriu “en el marc dels compromisos adquirits pel Principat d'Andorra en virtut de l'Acord Monetari signat a Brussel·les el 30 de juny de 2011, pel qual la Unió Europea va permetre a aquest Estat utilitzar l'euro com a moneda oficial”.

Aquestes objectius són confirmats per l'exposició de motius de la Llei 8/2015:

“Mitjançant l'Acord monetari entre la Unió Europea i el Principat d'Andorra, del 30 de juny del 2011, el Principat d'Andorra es va comprometre a adaptar la seva legislació interna a la regulació de la Unió Europea, entre altres matèries, pel que fa a la seva legislació financera i bancària. Aquesta necessària adaptació deriva, bàsicament, de tres circumstàncies: l'euro n'és la moneda de curs legal, té dret a encunyar-ne i el sector bancari andorrà opera en estreta relació amb el de la zona euro”.

Com a conseqüència dels compromisos internacionals assumits per Andorra mitjançant l'Acord monetari esmentat, s'ha de reformar l'ordenament jurídic andorrà per introduir-hi el que disposa la Directiva 2014/59/UE del Parlament Europeu i del Consell, del 15 de maig del 2014, per la qual s'estableix un marc per a la reestructuració i la resolució d'entitats de crèdit i empreses de serveis d'inversió, i per la qual es modifiquen la Directiva 82/891/CEE del Consell, i les directives 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE i 2013/36/UE, i els Reglaments (UE) núm. 1093/2010 i (UE) núm. 648/2012 del Parlament Europeu i del Consell.”

El Consell d'Administració de l'AREB constata:

“75. En definitiva, la Llei atribueix a l'AREB potestats de caràcter clarament extraordinari que li permeten intervenir en la vida mercantil ordinària de l'entitat de crèdit i substituir la voluntat dels titulars dels actius i passius d'aquesta.” (resolució de l'AREB del 21 d'abril del 2016).

2) Segons l'escrit d'apel·lació, *“la llei no faculta a l'AREB per mantenir bloquejats indefinidament els comptes de clients que considera “NO APTES”*

Per comunicació de data 5 de maig de 2016, l'entitat Banca Privada d'Andorra (i no l'AREB com ho menciona, per error, l'escrit d'apel·lació, pàgina 1) comunica a la societat XXX “les posicions, contractes, actius i passius en els quals sou intervenent a XXX no han estat transferits a XXX. i per tant continueu essent client de XXX a tots els seus efectes” (foli 22).

En la seva resolució de data 2 de maig del 2017, l'AREB precisa (§ 108, fol.20):

“....c) Els Clients No Traspassables rebran un abonament per l'import esmentat al subapartat anterior als comptes associats que mantenen a XXX amb obligació de bloqueig fins que existeixi evidència que no concorren causes relatives a delictes, faltes o infraccions relacionades o vinculades amb el BC/FT o, en el seu defecte, fins que l'autoritat competent en matèria de PBCFT o una autoritat judicial emeti una decisió o resolució sobre la licitud de l'origen de les posicions originals dels Clients No Traspassables”

S'han de presentar dos series d'observacions:

a) Aquest bloqueig respon a un objectiu d'interès públic : la necessitat de comprovar que *“que no concorren causes relatives a delictes, faltes o infraccions relacionades o vinculades amb el BC/FT”*

b) L'AREB és competent per adoptar aquestes mesures

Als termes de l'article 52 de la Llei 8/2015:

“Facultats administratives generals

o) Cancel·lar o modificar les condicions d'un contracte del qual sigui part l'entitat objecte de resolució, o constituir-se com a part en lloc de l'adquirent.

p) Adoptar les mesures necessàries per garantir la continuïtat del negoci transmès i dels contractes celebrats per l'entitat de manera que l'adquirent assumeixi els drets i les obligacions de l'entitat objecte de resolució.”

La disposició transitòria cinquena de la Llei 8/2015 disposa:

“Facultats de suspensió de contractes relatius a dipòsits

En supòsits en els quals l'AREB aprecii la necessitat de preservar els interessos dels clients i de salvaguardar l'estabilitat i el valor d'una entitat, podrà suspendre, excepcionalment i mitjançant una decisió amb caràcter d'acte administratiu, qualsevol obligació de pagament o entrega que es derivi de qualsevol contracte en relació amb els dipòsits admissibles pel temps estrictament necessari per aconseguir els objectius esmentats.

A l'efecte del contingut d'aquesta disposició, es considera que concorren les circumstàncies descrites en el paràgraf anterior en el cas del Decret aprovat pel Govern d'Andorra el 16 de març del 2015, en relació amb l'entitat Banca Privada d'Andorra, SA.”

Aquest decret havia estat adoptat *“amb l'objectiu de preservar els interessos dels clients i salvaguardar l'estabilitat i el valor de l'entitat, com també salvaguardar l'estabilitat i reputació del sistema financer andorrà, promoure la confiança en aquest i contribuir a reduir el risc sistèmic.” (§ 9 de la Resolució del 21 d'abril del 2016, v. més amunt).*

Per conseqüent, aquesta mesura de bloqueig respecta l'objectiu de "salvaguardar l'estabilitat i reputació del sistema financer andorrà".

A més aquesta reglamentació és conforme a la directiva europea:

"84 Les autorités de résolution devraient disposer de tous les pouvoirs légaux nécessaires qui, combinés de différentes manières, peuvent s'exercer lors de l'application des instruments de résolution. Ces pouvoirs devraient comprendre le pouvoir de transférer à une autre entité, par exemple un établissement ou un établissement-relais, les actions ou les actifs, droits ou engagements de l'établissement défaillant, le pouvoir de déprécier ou d'annuler ses actions, le pouvoir de convertir ou de déprécier les engagements dont il fait l'objet, le pouvoir de remplacer sa direction et le pouvoir d'imposer un moratoire temporaire sur le paiement des créances" (expositiu de la directiva).

I s'ha de recordar que, als termes de l'article 49 de la Llei 8/2015 :

"Adopció de recomanacions internacionals

En l'exercici de les seves competències i sempre que no resultin contradictòries amb les disposicions d'aquesta Llei i la normativa vigent, l'AREB ha de prendre en consideració les recomanacions, les directrius, les normes tècniques i altres iniciatives que es desenvolupin a escala internacional en l'àmbit de la resolució d'entitats, així com en matèria de prevenció del blanqueig de capitals i del finançament del terrorisme."

Per aquests motius, el recurs d'apel·lació s'ha de desestimar sobre aquest punt.

3) Sobre la situació d'indefensió

Sobre aquesta qüestió s'han de presentar les observacions següents :

a) L'AREB té un deure de secret, en aplicació de l'article 47 de la Llei del 2015.

Aquest deure est també previst per la directiva europeu:

"86 Toutefois, dans la mesure où les informations obtenues durant la procédure de résolution par les autorités de résolution et les professionnels qui les conseillent peuvent être sensibles tant que la décision de résolution n'a pas été rendue publique, elles devraient faire l'objet de règles de confidentialité efficaces...Il est donc indispensable de veiller à l'existence de mécanismes appropriés permettant de préserver la confidentialité de ces informations, comme le contenu et les détails du plan de redressement et du plan de résolution ou les résultats de tout examen réalisé dans ce cadre" (expositiu de la directiva).

b) Els clients han tingut la possibilitat de justificar l'origen dels fons.

1º) El procediment seguit per l'AREB.

L'AREB descriu el procediment en la seva resolució del 21 d'abril del 2016 :

"87. El Procés de Revisió s'ha dut a terme en tres nivells que es descriuen de manera succinta a continuació a efectes simplement informatius:

a. En primer lloc es va procedir a realitzar una valoració preliminar del risc de blanqueig de capitals/finançament del terrorisme ("BC/FT") i filtrat de llistes de sancions; per a això, es va realitzar una anàlisi sobre supòsits sancionadors i/o llistes negres a escala nacional i internacional en matèria de BC/FT.

b. Seguidament, es va seguir un programa d'identificació de clients ("PIC") i revisió diligent de clients ("RDC"): per a això, es va procedir a realitzar una anàlisi del nivell de compliment de la documentació continguda a cadascun dels expedients de cada client en relació amb els requeriments regulatoris (Customer dossier pre-check) i legals d'aplicació; identificació dels clients i compliment d'un nou KYC, acompanyats de la documentació

necessària; es van fer, al seu torn, requeriments de nova informació a l'efecte d'establir el perfil de risc del client en matèria de prevenció del BC/FT (Customer risk profile).

c. I, finalment, es va dur a terme una revisió millorada (Enhanced Due Diligence) i avaluació final: investigació per especialistes per comprovar si el perfil de cada client és acceptable.

88. XXX va iniciar l'anàlisi el 16 de març de 2015, definint la data de tall per a la preparació de l'informe el 29 de gener de 2016 i tancant el document presentat a l'AREB el passat 29 de febrer. Per realitzar aquesta feina, XXX va revisar, un per un, tots els clients de XXX dins de l'abast establert i totes les operacions de més de 37.000 comptes realitzades durant els últims set anys. En total, s'han analitzat 15 milions de transaccions i s'han rebut i contrastat més de 60.000 documents enviats pels clients per justificar la legitimitat dels seus comptes." (la negreta es nostra).

2º) L'informe de Price water House Coopers

La societat XXX podia acreditar l'origen dels fons i no ha aportat una documentació suficient.

Resulta clarament d'aquests documents que la societat ha presentat observacions, però aquestes són insuficients : *"Las explicaciones proporcionadas por el cliente respecto a los fondos enviados a C. M. indican que son traspasos hechos desde XX a la cuenta de su titular, pero se desconoce el motivo de los mismos..." (fol.89) ; "Asimismo en las explicaciones facilitadas para la operativa de XXX, el cliente ha indicado"(fol.93).*

Es pot subratllar que, en aquesta instància, la societat XXX no discuteix el fons de la resolució i presenta únicament arguments de forma.

L'informe conclou :

"Tras el análisis de la operativa y estudio del conocimiento del cliente, se observa que, de acuerdo con la información facilitada actualmente, C.M.P. sería el beneficiario último de la sociedad. Dicha persona es una de los beneficiarios últimos de XXX, sociedad incluida en la XXX, lista proporcionada por las autoridades competentes con personas asociadas a procesos de blanqueo de capitales y/o financiación del terrorismo con los agravantes de pertenencia a grupo organizado, de habitualidad y en marco de un establecimiento bancario, entre otros procesos abiertos y también perteneciente a la XXX. No obstante, en los momentos iniciales J.P.M. tenía una parte mayoritaria en el capital social. Del análisis de las cuentas se observa movimientos de elevada cuantía desconociéndose el origen de los citados fondos y sin disponer documentación acreditativa asociada a todas las operaciones..." (foli 96).

L'argument relatiu a l'inddefensió no pot prosperar, atès que la societat ha tingut la possibilitat de presentar els seus arguments.

c) Les decisions de l'AREB són impugnables davant la jurisdicció administrativa:

La directiva preveu : *"Conformément à l'article 47 de la charte, les parties concernées ont droit à un procès équitable et à un recours efficace contre les mesures qui les affectent. Les décisions des autorités de résolution devraient donc être sujettes à un droit de recours." (§ 88 de l'expositiu).*

I l'article 85 de la directiva disposa:

"1. Le droit de recours visé au paragraphe 3 est soumis aux dispositions suivantes :

a) l'introduction d'un recours n'entraîne pas la suspension automatique des effets de la décision contestée ;

b) *la décision de l'autorité de résolution est immédiatement exécutoire et induit une présomption réfragable selon laquelle une suspension de son exécution serait contraire à l'intérêt public."*

La Llei 8/2015 preveu efectivament un dret de recurs contra les decisions de l'AREB i els recurrents ha fet us d'aquest dret en aquest cas :

"1. Els actes i les decisions de l'INAF i de l'AREB dictats en el marc de processos de resolució no es poden suspendre de manera cautelar, posen fi a la via administrativa i són directament impugnables davant la jurisdicció administrativa" (article 62).

Per conseqüent, els clients no son en situació d'indefensió.

4) La Llei de cooperació penal internacional i de la Llei 8/2015 tenen un àmbit distint.

La llei de cooperació penal internacional *"té un doble objecte. En el títol I es regula l'organització de l'ajuda judicial internacional penal mitjançant normes que són d'aplicació a tots els procediments relatius a aquesta matèria, siguin quins siguin els delictes als quals es refereixin. En el títol II es fa referència a la lluita contra el blanqueig de diners o de valors procedents de la delinqüència internacional"* (exposició de motius de la Llei del 29 de desembre del 2000). És a dir que l'àmbit d'aquesta llei és de naturalesa penal.

En cas de l'obertura d'una instància penal, el Tribunal podrà demanar, eventualment, a l'AREB, la comunicació de *"les operacions sospitoses de blanqueig de capitals o finançament del terrorisme, cas d'existir"*

Quart : No s'aprecien circumstàncies determinants d'una especial condemna al pagament de les despeses d'aquesta segona instància.

DECISIO

Decidint, el Tribunal Superior de Justícia, Sala Administrativa en nom del Poble Andorra ha decidit :

Primer : Desestimar el recurs d'apel·lació presentat per l'AREB.

Segon : Desestimar el recurs d'apel·lació presentat per la societat XXX

Tercer : Confirmar la sentència recorreguda i declarar que la resolució del 2 de maig de 2017 del Consell d'Administració de l'AREB és, en relació als posicionaments plantejats en la present demanda, ajustada a dret i als fins que legitimen l'activitat administrativa.

Quart : De no efectuar cap condemna en costes.

Aquesta sentència és ferma i executiva

Manem que una vegada s'hagi complert el que disposa l'article 76 de la Llei de la Jurisdicció Administrativa i Fiscal es lliurin els autes originals

amb la certificació d'aquesta sentència al Tribunal de Batlles, Secció Administrativa del qual procedien, i que s'arxivin les actuacions del Tribunal.

Així, per aquesta nostra sentència, definitivament jutjant, ho manem i signem.